

# VU Research Portal

## De toekomst van artikel 359a Sv

Borgers, M.J.

### ***published in***

Delikt en Delinkwent  
2012

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J. (2012). De toekomst van artikel 359a Sv. *Delikt en Delinkwent*, 2012(4), 257-273.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## De toekomst van artikel 359a Sv<sup>2</sup>

25

### 1 Inleiding

Op 13 december 2011 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over het zogeheten weekendarrangement.<sup>3</sup> Dit arrest is vooral van belang vanwege het oordeel van de Hoge Raad omtrent het voortduren van de inverzekeringstelling in de situatie dat het onderzoeksbelang nog slechts bestaat uit het uitreiken aan de verdachte in persoon van een mededeling over de strafzaak.<sup>4</sup> Voor deze bijdrage is echter een ander onderdeel van het arrest interessant. Het gerechtshof Leeuwarden heeft in deze zaak geoordeeld dat het te laat uitreiken van de mededeling over de strafzaak en daarmee het te lang voortduren van de inverzekeringstelling niet geldt 'als een verzuim van vormen dat op de voet van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering moet worden beoordeeld'. Het gerechtshof overweegt daarentegen dat 'het wettelijk systeem in kern' is geraakt, omdat – kort gezegd – bij de toepassing van de inverzekeringstelling op voorhand al vaststond dat de verdachte tot na het weekend zou worden vastgehouden. Het gerechtshof vervolgt dan: 'Door aldus te handelen heeft het openbaar ministerie fundamentele – de grondslag van het strafproces rakende – beginselen geschonden. Hierop dient te worden gereageerd met het verval van de bevoegdheid van het openbaar ministerie om de verdachte voor de onderhavige feiten te vervolgen.' De Hoge Raad haalt hier een streep doorheen: 'De onrechtmatige toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen op een verdachte in het kader van het voorbereidend onderzoek in zijn strafzaak, is een vormverzuim. Daarop is art. 359a Sv van toepassing'.

Het oordeel van de Hoge Raad ligt voor de hand. Het valt bezwaarlijk in te zien waarom de voorschriften omtrent de inverzekeringstelling, waaronder ook artikel 57 lid 5 Sv, niet als een vorm van voorbereidend onderzoek zouden moeten worden gezien. Maar daarmee is niet gezegd dat het gerechtshof Leeuwarden een tamelijk basale juridische fout heeft gemaakt. Het gecasseerde oordeel van het gerechtshof zou ook – zo zou ik als hypothese willen opperen – een welbewuste poging kunnen zijn om de beperkingen te omzeilen die blijken de rechtspraak van de Hoge Raad bij de toepassing van artikel 359a Sv in acht moeten worden genomen. Voor het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid wordt door de Hoge Raad vereist dat het Zwolsmancriterium is geschonden. Er dient dan een ernstige inbreuk te zijn gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan.<sup>5</sup> Hoe flagrant men hier de schending van artikel 5 EVRM ook kan en mag vinden, een inbreuk op het recht op een eerlijk proces wordt niet gemaakt met de toepassing van een weekendarrangement. Mogelijk heeft het gerechtshof het Zwolsmancriterium willen ontwijken door te poneren dat artikel 359a Sv toepassing mist, teneinde toch tot niet-ontvankelijkverklaring te komen om zodoende niet het nadeel

1. Hoogleraar straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2. Citeerwijze: M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012, 25.

3. HR 13 december 2011, *LJN* BT2173.

4. Zie hierover nader T. Kooijmans, 'Het weekendarrangement en het onderzoeksbelang', *AAe* 2012, p. 225-229.

5. Wellicht heeft het gerechtshof willen refereren aan het Karmancriterium. Schending van dat criterium wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad echter zelden aangenomen, terwijl dat criterium in een zaak als de onderhavige ook geen toepassing lijkt te vinden. Zie ook paragraaf 3.

van de verdachte, maar de ernst en de verwijtbaarheid van het overheidshandelen centraal te stellen. Advocaat-generaal Knigge acht het niet onbegrijpelijk dat het gerechtshof 'zijn onvrede met de kennelijk hardnekkige praktijk van het "weekendarrangement" tot uitdrukking heeft willen brengen in een niet mis te verstaan signaal', al had dat signaal dan moeten worden verpakt in de straftoemeting.<sup>6</sup> De Hoge Raad laat geen begrip voor het oordeel van het gerechtshof doorklinken en casseert zonder omhaal op de grond dat wel degelijk van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv sprake is. Dat sluit aan bij andere arresten waarin de Hoge Raad meer expliciet naar voren heeft gebracht dat uitsluitend de laakbaarheid van het optreden van politie of justitie geen toereikende grond is voor niet-ontvankelijkverklaring.<sup>7</sup>

Kijkt men met een bredere blik naar de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 359a Sv, dan kan worden geconstateerd – in paragraaf 3 wordt dit nader onderbouwd – dat de Hoge Raad bepaald niet scheutig is in het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen, althans de feitenrechter betrekkelijk weinig ruimte laat om daartoe over te gaan. Dat roept de vraag op of de strafrechtelijke reactie op vormverzuimen (thans nog)<sup>8</sup> adequaat kan worden genoemd. Die vraag is natuurlijk nauwelijks te beantwoorden indien niet eerst wordt bepaald wat in dit verband 'adequaats' inhoudt. Dat vereist dat eerst een andere vraag onder ogen wordt gezien: welke functie vervult artikel 359a Sv binnen het strafvorderlijk systeem? Gaat het primair om het normeren van het overheidsoptreden, of juist om het beschermen van specifieke belangen van de verdachte?

In deze bijdrage wil ik een aanzet doen om de huidige toepassing van artikel 359a Sv te evalueren. Daarbij neem ik tot uitgangspunt dat in een rechtsstaat het overheidsoptreden in strafzaken overeenkomstig de daarvoor geldende (wettelijke en verdragsrechtelijke) normen dient te verlopen en dat bij schending van die normen een corrigerende reactie in enigerlei vorm behoort te volgen. Vanuit dat uitgangspunt sta ik stil bij de (mogelijke) functies die aan artikel 359a Sv kunnen worden toegekend en de implicaties daarvan. Na een schets van de huidige stand van de rechtspraak omtrent artikel 359a Sv plaats ik de afdoening van vormverzuimen in een breder kader door de blik te richten op de eventuele alternatieven voor artikel 359a Sv. In het verlengde daarvan bespreek ik een mogelijke aanvulling van de toepassingscriteria voor artikel 359a Sv. Hoewel het hier een thema betreft waarover veel valt te zeggen,<sup>9</sup> bevat deze bijdrage niet meer dan enkele oriënterende beschouwingen.

6. Onderdeel 5.5 van zijn conclusie voor HR 13 december 2011, *LJN* BT2173. Zo ook Kooijmans 2012, p. 229.

7. Zie HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 441 en HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 442 m.nt. T.M. Schalken. Vgl. ook HR 18 januari 2011, *NJ* 2011, 141 m.nt. T.M. Schalken.

8. Aan de vraag op welke wijze de toepassing van artikel 359a Sv in de loop der jaren is geëvolueerd, ga ik hier voorbij. Hoewel ik meen te mogen constateren dat de Hoge Raad in elk geval op onderdelen restrictiever is geworden met het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen, zou men wellicht ook kunnen zeggen dat (op andere onderdelen) in de rechtspraak van de afgelopen jaren reeds bestaande beperkingen meer expliciet op de voorgrond zijn getreden. Zie voor fraaie, gedetailleerde studies met betrekking tot de ontwikkelingen ter zake van het toepassen van bewijsuitsluiting en strafvermindering als rechtsgevolg R. Kuiper, 'Een afgewogen toepassing van bewijsuitsluiting', in: *WB der Nederlanden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 145-157 en R. Kuiper, 'Strafvermindering als reactie op vormverzuimen', in: M.J.A. Duker e.a. (red.), *WelBeraden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 35-59.

9. En waarover uiteraard ook reeds veel is gezegd. Zie vooral M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003, M.C.D. Embregts, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig), aantekeningen op artikel 359a en A.M. van Woensel, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *DD* 2004, p. 119-171. Zie ook het uitvoerige overzicht van R. ter Haar & G.H. Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011.

## 2 Perspectieven en functies

Artikel 359a Sv biedt een algemene regeling voor het beoordelen en het, zo nodig, sanctioneren van vormverzuimen. Bij de introductie van artikel 359a Sv is door de wetgever als uitgangspunt gehanteerd dat de beoordeling van vormverzuimen primair een taak voor en een verantwoordelijkheid van de rechter is. In de memorie van toelichting wordt daarover het volgende opgemerkt:

“Het voorgestelde artikel 359a strekt ertoe de in de jurisprudentie ontwikkelde sancties op vormverzuimen wettelijk vast te leggen. Hierbij is een zekere terughoudendheid betracht. In de eerste plaats omdat de ervaring heeft geleerd dat de mogelijkheden van de wetgever in dit opzicht beperkt zijn. (...) In de tweede plaats ben ik van oordeel (...) dat de rechtsgevolgen van vormverzuimen over het algemeen beter door de rechter dan door de wetgever kunnen worden beoordeeld. De reden hiervan is dat (...) de omstandigheden waaronder vormverzuimen worden begaan sterk uiteen kunnen lopen en diensgevolge de gevolgen aanzienlijk kunnen verschillen. Bij de sanctivering zal met deze uiteenlopende gevolgen rekening moeten worden gehouden. (...) De rechter kan dit vanzelfsprekend beter beoordelen dan de wetgever.”

Artikel 359a Sv schept het wettelijke kader waarbinnen de rechter tot zijn oordeel komt. ‘Het streven is’, zo vervolgt de minister, ‘daarbij niet om de taak van de rechter over te nemen en voor het concrete geval te bepalen wat het rechtsgevolg moet zijn.’ Dat wettelijke kader bevat daarbij overigens wel enkele aanwijzingen: herstel van vormverzuimen staat voorop; de opgesomde rechtsgevolgen (of sancties) staan in een hiërarchische volgorde; er is geen verplichting om aan een vormverzuim telkens een rechtsgevolg te verbinden.<sup>10</sup> Een duidelijke gedachte omtrent de functie die artikel 359a Sv moet vervullen binnen het strafvorderlijk stelsel – anders dan een zekere voorkeur voor terughoudendheid in het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen – kan men niet ontwaren in de parlementaire stukken. In de literatuur komen wel de benodigde argumenten naar voren waarom aan vormverzuimen rechtsgevolgen zouden moeten worden verbonden, of waarom dat juist achterwege zou moeten worden gelaten. Die argumenten spitsen zich veelal toe op het toepassen van bewijsuitsluiting, maar hebben ook zeggingskracht met betrekking tot strafvermindering en niet-ontvankelijkverklaring. Het gaat hier om dusdanig bekende argumenten, dat ik volsta met een summiere opsomming.<sup>11</sup> Ten gunste van het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen kan worden aangevoerd: het reparatieargument (het – tot op zekere hoogte – wegnemen van de gevolgen van het vormverzuim), het demonstratieargument (het demonstrenen dat ook de overheid zich aan de regels moet houden) en het effectiviteitsargument (het geven van een prikkel om in de toekomst geen nieuwe vormverzuimen te begaan). Daar tegenover kan worden gesteld: het belang van de waarheidsvinding (bewijsuitsluiting leidt ertoe dat op bepaalde onderzoeksresultaten, hoezeer ook betrouwbaar, geen acht mag worden geslagen), de belangen van het slachtoffer en de maatschappij bij rechtshandhaving (voor de maatschappij en in het bijzonder het slachtoffer zal het onverteerbaar zijn indien vanwege een vormverzuim een veroordeling achterwege blijft of de verdachte er met een aanmerkelijk lichtere straf van af komt) en de onwenselijkheid van het profijt van de verdachte (door het toepassen van rechtsgevolgen zal het eindresultaat voor de verdachte veelal gunstiger zijn).

10. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 705, nr. 3, p. 25.

11. Zie hieromtrent, met nadere verwijzingen, G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2011, p. 725-727.

Over de zeggingskracht van al deze argumenten valt het nodige te zeggen. Op deze plaats laat ik het bij de constatering dat men met deze argumenten alle kanten uit kan. Afhankelijk van het gewicht dat men aan elk van de argumenten toekent, kan men zowel een ruimhartige als een restrictieve toepassing van artikel 359a Sv bepleiten. Anders gezegd: aan de hiervoor genoemde argumenten liggen uiteenlopende belangen ten grondslag. De waardering van de argumenten *pro* dan wel de argumenten *contra* zal uiteindelijk worden bepaald door het gewicht dat men aan die belangen toekent. De discussie hierover kan worden verhelderd door grofweg drie perspectieven te benoemen van waaruit artikel 359a Sv kan worden toegepast.<sup>12</sup> Het gaat hierbij overigens om perspectieven die zich niet strikt van elkaar laten onderscheiden.

Het eerste perspectief betreft het perspectief van de *bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte*. In deze benadering staat de vraag voorop of, en zo ja: in welke mate, het vormverzuim daadwerkelijk een schending van enig (rechtmatig) belang van de verdachte teweeg heeft gebracht. De functie van artikel 359a Sv is dan primair het herstellen of het compenseren van het concreet door de verdachte ondervonden nadeel.<sup>13</sup> Indien geen nadeel is ondervonden, kan worden volstaan met de enkele constatering van het vormverzuim. Dit perspectief is niet *a priori* gekoppeld aan een restrictieve of juist ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv. Het gaat om het leveren van 'maatwerk' doordat de vraag centraal wordt gesteld of in het concrete geval het vormverzuim alsnog kan worden hersteld, en zo niet: wat dan de meest passende compensatie is voor het ondervonden nadeel.

Als tweede perspectief kan worden genoemd het *constitutionele perspectief*. Daarin staat centraal dat (ook) de overheid is gebonden aan het recht en komt (dus) veel gewicht toe aan het reparatieargument (in de zin van het ontnemen van het 'voordeel' van de overheid), het demonstratieargument en het effectiviteitsargument. De functie van artikel 359a Sv is dan het bevorderen dat de overheid zich ook daadwerkelijk aan de regels houdt. Dat veronderstelt een ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv, omdat ieder vormverzuim in principe vraagt om een duidelijke reactie en dus om het verbinden van een rechtsgevolg. Bij de keuze van het rechtsgevolg staan de aard en de ernst van het vormverzuim en de verwijtbaarheid van het strafvorderlijke handelen voorop. Schending van fundamentele rechten vraagt daarbij om een meer forse reactie dan het niet in acht nemen van 'eenvoudige' formaliteiten. In dit kader is het nadeel dat door de verdachte is ondervonden, niet van doorslaggevend belang. Dat vormt hooguit één van de relevante gezichtspunten bij de vaststelling van de (concrete) ernst van het vormverzuim. Het volstaan met de enkele constatering van een vormverzuim wordt in dit constitutionele perspectief gereserveerd voor die situaties waarin het verbinden van een rechtsgevolg niet (meer) noodzakelijk is, omdat reeds langs andere weg een adequate reactie is gevolgd op het onrechtmatige handelen van de strafvorderlijke overheid.

Er kan nog een derde perspectief worden genoemd, zij het dat dit perspectief van een enigszins andere orde is. Waar het eerste en het tweede perspectief vooral een leidraad vormen voor het aanwijzen van situaties waarin het verbinden van rechtsgevolgen passend of geboden is, ligt bij dit derde perspectief de nadruk juist op het niet, althans zo min mogelijk, verbinden van rechtsgevolgen.<sup>14</sup> Het gaat dan om het perspectief van het *primaat van criminaliteitsbestrijding*. Dit perspectief zou kunnen worden gezien als de vertolking van de wens

12. De eerste twee perspectieven herkent men ook in onderdeel 3 van de noot van Y. Buruma onder HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376.

13. Het gaat dus niet om reparatie zoals dat in het reparatieargument tot uitdrukking komt (namelijk: het ontnemen van het 'voordeel' van de overheid), maar om reparatie vanuit het gezichtspunt van de (benadeelde) verdachte.

14. Men zou daarom wellicht van een tegenperspectief of een corrigerend perspectief kunnen spreken.

naar een (zeer) restrictieve toepassing van artikel 359a Sv. De belangen van het slachtoffer en de maatschappij bij rechtshandhaving staan hierbij voorop. De functie van artikel 359a Sv is er dan primair in gelegen dat vormverzuimen door de rechter worden *vastgesteld*. Die vaststelling kan dan (mede) worden gezien als het geven van een reactie op het niet in acht nemen van de geldende regels door de strafvorderlijke overheid. De vaststelling geldt reeds als diskwalificatie. Het verbinden van een rechtsgevolg is in deze benadering niet zonder meer noodzakelijk, juist om het geven van een gepaste reactie op het begaan zijn van een strafbaar feit niet te belemmeren. Het verbinden van een rechtsgevolg wordt gereserveerd voor die vormverzuimen waarbij de overheid ernstig in gebreke is gebleven en fundamentele rechten in het gedrang komen. Daarbij gaat de voorkeur uit naar (een beperkte mate van) strafvermindering.

### 3 Tendensen in de rechtspraak van de Hoge Raad

Hoe zou de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 359a Sv kunnen worden geduid aan de hand van de zojuist besproken perspectieven? Teneinde deze vraag te beantwoorden noteer ik enkele observaties met betrekking tot die rechtspraak. Een volledig beeld van de rechtspraak wordt daarmee – uiteraard – niet gegeven, maar dat is voor het doel van deze bijdrage ook niet noodzakelijk.<sup>15</sup>

Allereerst is van belang dat het toepassingsbereik van artikel 359a Sv enkele begrenzungen kent: het moet gaan om verzuimen ten aanzien van overheidsactiviteiten die (onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie) zijn verricht in het voorbereidend onderzoek;<sup>16</sup> het moet voorts gaan om verzuimen in het kader van het voorbereidend onderzoek dat betrekking heeft op het strafbare feit dat aan de verdachte ten laste is gelegd; het moet gaan om onherstelbare vormverzuimen; en het moet gaan om – kort door de bocht gezegd – vormverzuimen die niet op grond van artikel 59a Sv reeds door de rechter-commissaris zijn of hadden kunnen worden geredresseerd.<sup>17</sup> Ook anderszins zijn er begrenzungen aan te wijzen, vooral waar het gaat om het vrij strikte causaal verband dat wordt vereist tussen het vormverzuim en het verkregen bewijsmateriaal. Ik laat de vraag of al deze begrenzungen passend en/of wenselijk zijn, hier rusten. Van belang is de constatering dat de Hoge Raad tamelijk strak de hand aan de genoemde begrenzungen houdt.<sup>18</sup> Het gevolg daarvan is dat lang niet alle onrechtmatigheden die van overheidszijde in relatie tot strafrechtelijke aangelegenheden worden begaan, in het vizier van de strafrechter komen en dus ook niet tot het verbinden van rechtsgevolgen (kunnen) leiden. Een concreet voorbeeld uit de recente rechtspraak: het opnemen en beluisteren van gesprekken die vanuit een penitentiaire inrichting zijn gevoerd, betreft – ook al is sprake van strijd met de PBW en (daarmee) van schending

15. Een uitvoerig overzicht van de stand van de rechtspraak treft men aan in Ter Haar & Meijer 2011. Zie voorts B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 519-553 en Corstens/Borgers 2011, p. 727-736.

16. Het voorbereidend onderzoek neemt aanvang met het opsporingsonderzoek in de zin van artikel 132a Sv. Voor overheidsactiviteiten die niet onder de reikwijdte van artikel 132a Sv vallen, is het openbaar ministerie niet verantwoordelijk en is toepassing van artikel 359a Sv niet aan de orde. Zie Corstens/Borgers 2011, p. 728.

17. Volledigheidshalve kan hieraan nog worden toegevoegd dat artikel 359a Sv zich niet tot elke vorm van strafrechtelijk relevant voorbereidend onderzoek uitstrekt. Onregelmatigheden met betrekking tot het bloedonderzoek als bedoeld in artikel 163 lid 4 WvW vallen buiten de reikwijdte van deze bepaling. Zie onder andere HR 29 november 2011, *NJ* 2011, 580.

18. Verwijzingen naar relevante rechtspraak treft men aan in de reeds vermelde literatuur. Zie voorts Kuiper 2003, p. 148-151 en Kuiper 2009, p. 48-57.

van artikel 8 EVRM – geen vormverzuim in het kader van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv.<sup>19</sup>

Ten tweede kan erop worden gewezen dat in de rechtspraak van de Hoge Raad veel nadruk wordt gelegd op het relativiteitsvereiste – het vereiste dat er sprake moet zijn van een aantasting van het belang dat het geschonden voorschrift beoogt te beschermen – en daarmee samenhangend het nadeel dat de verdachte tengevolge van het vormverzuim heeft ondervonden. Op zich is dat niets nieuws.<sup>20</sup> Artikel 359a lid 2 Sv noemt als algemene beoordelingsfactoren ook het belang dat het geschonden voorschrift dient, en het nadeel dat door het vormverzuim wordt veroorzaakt. Maar recente rechtspraak laat er geen misverstand over bestaan dat de Hoge Raad het (onverminderd) van groot belang acht of de verdachte concreet is aangetast in een belang dat door het geschonden voorschrift wordt beschermd. Daarbij springt een betrekkelijk recent arrest in het oog waarin de Hoge Raad expliciet overweegt dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang en dus ook niet kan gelden als nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv.<sup>21</sup> Hoewel dat op de keper beschouwd geen opzienbarende overweging is – strafvorderlijke voorschriften hebben niet als (primaire) doel het voorkomen dat strafbare feiten worden ontdekt –, wordt daarmee benadrukt dat voor de toepassing van artikel 359a Sv niet alle feitelijke gevolgen van het onrechtmatige handelen van belang zijn. Deze rechtspraak doet nog wel de vraag rijzen of het relativiteitsvereiste thans in graniet is gebeiteld dan wel dat er nog een zekere ruimte bestaat om toch rechtsgevolg toe te passen ook al is strikt genomen geen sprake van rechtens relevant nadeel.<sup>22</sup> Gewezen kan bijvoorbeeld worden op een arrest van 12 januari 1999, waarin de feitenrechter met goedkeuring van de Hoge Raad tot bewijsuitsluiting kwam omdat een telefoongesprek tussen een medeverdachte en zijn advocaat was afgetapt.<sup>23</sup> Strikt genomen is hier de vertrouwelijke communicatie tussen de verdachte en zijn raadsman niet in het geding, zodat van rechtens relevant nadeel niet lijkt te kunnen worden gesproken. De Hoge Raad stelt veeleer het algemene belang van de onbelemmerde toegang tot een advocaat

19. HR 27 september 2011, NJ 2011, 557 m.nt. T.M. Schalken. Zie voorts de conclusie van advocaat-generaal Machielse van 24 januari 2012, LJN BV1642, over Mobiel Toezicht Vreemdelingen. Overigens komt de beperking tot het voorbereidend onderzoek dat betrekking heeft op het strafbare feit dat aan de verdachte ten laste is gelegd, – waarschijnlijk om cassatietechnische redenen – niet expliciet tot uitdrukking in HR 12 oktober 2010, NJ 2010, 624 m.nt. T.M. Schalken. Zie ook T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', DD 2011, p. 1099-1100.

20. Zie reeds de beschouwing van D.R. Doorenbos, 'Een absolute relativiteitstheorie?', DD 1990, p. 21-34.

21. HR 4 januari 2011, NJ 2011, 145 m.nt. M.J. Borgers. Zie in deze zin reeds Doorenbos 1990, p. 24-25 en Kuiper 2003, p. 156-157.

22. In het standaardarrest HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. Y. Buruma wordt opgemerkt dat indien aan het relativiteitsvereiste niet wordt voldaan, 'in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim.' De vraag wanneer wel en niet aan het relativiteitsvereiste wordt voldaan, is overigens niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Onder omstandigheden kan de schending van een wettelijk voorschrift samenvallen met de schending van een ongeschreven beginsel, waarbij het beschermingsbereik van beide normen uiteenloopt. Zie hierover Doorenbos 1990, p. 27-28.

23. HR 12 januari 1999, NJ 1999, 290. Zie ook HR 1 oktober 1996, NJ 1997, 90, waarin een getuigenverklaring die door marteling is verkregen, van het bewijs wordt uitgesloten. In dat geval spelen uiteraard ook verdragsverplichtingen (rechtstreeks) een rol. Keulen & Knigge 2010, p. 530 noemen als uitzondering nog het gebruik van een verklaring van een medeverdachte waarvan niet kan worden gezegd dat deze in vrijheid is afgelegd. Zie echter HR 7 juni 2011, NJ 2011, 375 m.nt. T.M. Schalken, waarin de Hoge Raad oordeelt dat een verklaring van een medeverdachte voor het bewijs kan worden gebezigd, ook indien die medeverdachte niet het consultatierecht heeft kunnen uitoefenen. Het relativiteitsvereiste wordt voorts, anders dan Keulen & Knigge 2010, p. 531 nog hebben betoogd, niet terzijde geschoven in situaties waarin de volkenrechtelijk beschermde soevereiniteit is geschonden. Zie HR 5 oktober 2010, NJ 2011, 169 m.nt. T.M. Schalken.

voorop met de overweging dat aan de ratio van de voorloper van artikel 126aa lid 2 Sv afbreuk zou worden gedaan 'als een derde rekening zou moeten houden met de mogelijkheid dat hetgeen hij aan een advocaat toevertrouwt, aan anderen wordt geopenbaard, ook al geschiedt dit in een procedure waaraan hij geen deel heeft'.<sup>24</sup> Er bestaat op zijn minst twijfel of dat anno 2012 nog als geldend recht mag worden beschouwd. In recente rechtspraak waarin schending van artikel 126aa lid 2 Sv aan de orde is, ligt de nadruk sterk op (de aard en de ernst van) het concrete nadeel dat de verdachte heeft ondervonden ten gevolge van het niet inacht nemen van artikel 126aa lid 2 Sv.<sup>25</sup> In ieder geval geldt dat de marge die de Hoge Raad laat aan de feitenrechter om ondanks het ontbreken van nadeel toch tot het verbinden van een rechtsgevolg te komen, tamelijk smal is, en in elk geval gepaard zal moeten gaan met een duidelijke en stevige motivering waarom die stap noodzakelijk wordt geacht.<sup>26</sup>

Ten derde spreekt ook terughoudendheid uit de toepassingsvoorwaarden die specifiek met betrekking tot elk van de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen worden gehanteerd. Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie komt alleen in aanmerking indien aan het Zwolsmancriterium wordt voldaan. Er dient sprake te zijn van een ernstige inbreuk door opsporingsambtenaren of het openbaar ministerie op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Op de keper beschouwd is het Zwolsmancriterium een merkwaardig criterium. Wanneer het vormverzuim van dien aard is dat de mogelijkheid van een eerlijk proces volledig is verstoord, levert dat immers reeds een toereikende en doorslaggevende reden op om het openbaar ministerie het recht op vervolging te ontfangen. De verwijtbaarheid van het handelen is dan niet erg relevant meer. Toch hanteert de Hoge Raad die verwijtbaarheid als zelfstandig vereiste. Voor zover men het niet-ontvankelijk verklaren primair zou willen zien als een reactie op de onrechtmatigheid van het overheidshandelen, rijst de vraag waarom zoveel gewicht wordt toegekend aan de gevolgen van dat handelen. Het zou dan veeleer voor de hand liggen niet de gevolgen (en daarmee het nadeel), maar de ernst en de verwijtbaarheid van dat handelen centraal te stellen. De Hoge Raad laat er evenwel geen misverstand over bestaan dat het doordringen van de overheid van de laakbaarheid van het strafvorderlijk optreden geen zelfstandig dragende grond mag zijn voor niet-ontvankelijkverklaring.<sup>27</sup> Zo bezien is het Zwolsmancriterium vlees noch vis. Deze kritiek is niet nieuw, maar reeds jaren geleden door Knigge geuit. Hij betoogt – en dat is mijns inziens een aansprekend voorstel – dat niet-ontvankelijkheid als rechtsgevolg moet worden toegepast in de situatie dat 'de door het verzuim aan het verdedigingsbelang toegebrachte schade zo groot is dat, wat er ook ter reparatie en compensatie wordt ondernomen, het proces 'as a whole' niet meer *fair* genoemd kan worden'.<sup>28</sup> Daarmee ligt de lat voor niet-ontvankelijkverklaring al

24. Dat algemene belang omvat uiteraard ook de belangen van de verdachte, maar niet kan worden gezegd dat in deze zaak de vrije toegang van de verdachte tot diens raadsman in het geding is geweest.

25. Vgl. HR 30 maart 2010, NJ 2011, 603 m.nt. M.J. Borgers, HR 28 september 2010, NJ 2010, 532 en HR 11 oktober 2011, NJ 2011, 505.

26. Zie nader Kooijmans 2011, p. 1107 en onderdeel 4 van de noot onder HR 30 maart 2010, NJ 2011, 603.

27. Een recent voorbeeld betreft HR 7 februari 2012, LJN BU6784.

28. G. Knigge, 'Het Zwolsman-criterium op de helling', *RM Themis* 2003, p. 193-195. Het wegsnijden van de 'bestraffende' component uit het Zwolsmancriterium veronderstelt wel dat op enigerlei (andere) wijze effectief kan worden opgetreden tegen excessief overheidsoptreden. Zie daarover paragraaf 5.



behoorlijk hoog. De Hoge Raad blijft niettemin – ik zou willen zeggen: hardnekkig – vasthouden aan het onnodig streng geformuleerde Zwolsmancriterium.<sup>29</sup>

Met betrekking tot het toepassen van bewijsuitsluiting als rechtsgevolg is een weliswaar nog niet volledig uitgekristalliseerde, maar toch duidelijk waarneembare ontwikkeling gaande in de rechtspraak die erop neer lijkt te komen dat bewijsuitsluiting in principe wordt gereserveerd voor de situatie waarin het vormverzuim een schending van artikel 6 EVRM behelst.<sup>30</sup> In een reeks van arresten benadrukt de Hoge Raad, in reactie op klachten dat geen bewijsuitsluiting heeft plaatsgevonden, dat een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals gegarandeerd door artikel 8 EVRM, niet zonder meer een inbreuk oplevert op het recht van artikel 6 EVRM op een eerlijk proces.<sup>31</sup> De boodschap die daarin besloten ligt, is dat de categorie 'belangrijke voorschriften' – ten aanzien waarvan geldt dat bij een aanzienlijke mate van schending daarvan bewijsuitsluiting kan volgen – tamelijk beperkt is en vermoedelijk ook beperkter dan tot op heden werd aangenomen.<sup>32</sup> Nogmaals: de contouren van deze rechtspraak zijn niet geheel helder,<sup>33</sup> maar er kan eigenlijk geen twijfel over bestaan dat het speelveld voor bewijsuitsluiting tamelijk nauw begrensd is.

Het toepassen van strafvermindering als rechtsgevolg vormt geen 'restcategorie' in de zin dat vormverzuimen die geen aanleiding geven tot niet-ontvankelijkverklaring of bewijsuitsluiting, min of meer automatisch leiden tot strafvermindering.<sup>34</sup> Ook op dit punt is een duidelijke ontwikkeling waarneembaar in de rechtspraak. Deze ontwikkeling, die nauwkeurig is geanalyseerd door Kuiper,<sup>35</sup> komt erop neer dat waar voorheen het geschonden zijn van de concrete belangen van de verdachte niet werd opgevat als noodzakelijke voorwaarde voor het toepassen van strafvermindering, tegenwoordig meer gewicht wordt toegekend aan het daadwerkelijk bestaan van schade of nadeel, in de vorm van een concrete schending van de belangen die door de overtreden norm worden beschermd. Waar aanvankelijk de Hoge Raad betrekkelijk veel ruimte heeft gelaten aan de feitenrechter om strafvermindering toe te passen om zodoende dit rechtsgevolg als alternatief voor bewijsuitsluiting ingang te doen vinden, is nadien ook in relatie tot strafvermindering het nadeelsvereiste op de voorgrond komen te staan.

29. Naast het Zwolsmancriterium is er nog het Karmanncriterium, maar dat wordt zelden toepast. Het lijkt inmiddels ook niet meer te gaan om een algemeen beoordelingscriterium. Vgl. ook Keulen & Knigge 2010, p. 544 en Ter Haar & Meijer 2011, p. 95-96.

30. Vgl. ook Keulen & Knigge 2010, p. 528-529, 535.

31. HR 7 juli 2009, NJ 2009, 399, HR 5 oktober 2010, NJ 2011, 169 m.nt. T.M. Schalken, HR 21 december 2010, NJ 2012, 24 m.nt. M.J. Borgers en HR 20 september 2011, NJ 2011, 441. In de literatuur is deze benadering reeds uitgewerkt door Kuiper 2003, p. 152-154, 156. Zie ook Y. Buruma, 'Onrechtmatige opsporing', DD 2002, p. 202 en Kuiper 2009, p. 52-53.

32. Zo begrijpen Ter Haar & Meijer 2011, p. 80 onder de 'belangrijke voorschriften' (nog) wel 'het gros der voorschriften betreffende zaken als privacy en huisrecht'. De recente rechtspraak van de Hoge Raad wekt daarover echter juist in aanmerkelijke mate twijfel. Zie onderdeel 5 van de noot onder HR 4 januari 2011, NJ 2012, 145.

33. Vgl. in dit verband HR 29 mei 2007, NJ 2008, 14 m.nt. J.M. Reijntjes, waarin de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof in stand laat dat de resultaten van een – naar ik begrijp: onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie uitgevoerde – onrechtmatige lijfsvisitatie, waarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op privacy alsmede het recht op onaantastbaarheid van het lichaam, van het bewijs dienen te worden uitgesloten. Vermoedelijk zal vooral de substantiële aantasting van de lichamelijke integriteit gewicht in de schaal hebben gelegd.

34. Zie voor een recent voorbeeld HR 14 februari 2012, LJN BT6962.

35. Kuiper 2009, p. 35-59. Vgl. voorts Ter Haar & Meijer 2011, p. 55-60.

#### 4 Nadere beschouwing van de rechtspraak van de Hoge Raad

De rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 359a Sv laat zich niet in alle opzichten even gemakkelijk duiden. Dat heeft er vooral mee van doen dat de Hoge Raad – niettegenstaande het houvast dat het in 2004 gewezen standaardarrest op hoofdlijnen biedt<sup>36</sup> – niet helder maakt vanuit welk perspectief artikel 359a Sv wordt uitgelegd en toegepast, waarmee eveneens in midden wordt gelaten wat de (belangrijkste) functie is die aan artikel 359a Sv toekomt.<sup>37</sup> Dat laatste zal ongetwijfeld ermee samenhangen dat de wetgever met artikel 359a Sv een weinig richtinggevend kader heeft gesteld, waarbinnen uiteenlopende belangen met elkaar in botsing komen. Tegelijkertijd zijn er tendensen in de rechtspraak aanwijsbaar die het mogelijk maken om – met een slag om de arm – te duiden wat de positie van de Hoge Raad in dezen is.

Het is duidelijk dat de Hoge Raad het afkeuren van laakbaar overheidsoptreden niet als *zelfstandige* functie van artikel 359a Sv beschouwt. Dat blijkt vooral uit het grote gewicht dat wordt toegekend aan het relativiteitsvereiste en het bestaan van rechtens relevant nadeel. Wanneer de verdachte niet concreet is aangetast in enig (rechtmatig) belang dat door de geschonden norm wordt beschermd, is voor het verbinden van rechtsgevolgen in principe geen ruimte. Er wordt dan volstaan met de enkele constatering van het vormverzuim. In een dergelijk geval zal, wanneer eenmaal duidelijk is dat nadeel ontbreekt, ook geen noodzaak bestaan om diepgravend onderzoek te doen naar het beweerdelijk begane vormverzuim. De verdachte heeft daarbij dan geen belang.<sup>38</sup> Daarmee is niet gezegd dat de Hoge Raad in het geheel geen oog zou hebben voor het waarborgen of het bevorderen van de integriteit van de opsporing. Maar het eerder aangeduide constitutionele perspectief is bepaald geen overheersend perspectief in de rechtspraak van de Hoge Raad.

Het perspectief van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte komt duidelijker tot uitdrukking in de jurisprudentie. In het toetsingskader dat de Hoge Raad hanteert, gaat de aandacht expliciet uit naar de herstelbaarheid van het vormverzuim en naar de concrete gevolgen van het vormverzuim voor de (rechts)positie van de verdachte. Wat daarbij opvalt, is dat de Hoge Raad de bescherming van de verdedigingsrechten in de zin van artikel 6 EVRM centraal stelt. Dat blijkt vooral uit de wijze waarop de Hoge Raad de toepassingsvoorwaarden formuleert voor de rechtsgevolgen van niet-ontvankelijkverklaring en bewijsuitsluiting. Aantasting van andere rechten van de verdachte – in het bijzonder diens recht op privacy in de zin van artikel 8 EVRM – lijkt hooguit nog te kunnen leiden tot strafvermindering of – indien concreet nadeel ontbreekt – de enkele constatering van het vormverzuim. Hierdoor lijkt een zekere rangorde te worden aangebracht in het gewicht dat toekomt aan de verschillende typen rechten waarover de verdachte beschikt. Men zou

36. HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. Y. Buruma.

37. In het voorwoord op R. Kuiper, *Vormfouten in de Verenigde Staten*, Research Memorandum 2010-3, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010, p. 10 schrijft (thans vice-president in de Hoge Raad en voorzitter van de strafdkamer) W.A.M. van Schendel: 'Het zou goed zijn wanneer de Hoge Raad erin zou slagen een meer gestructureerd beslissingskader te ontwikkelen voor de beoordeling van dit complexe onderwerp.' Daarop laat hij terecht volgen: 'Maar dan is het noodzakelijk te weten wat men wil en waarom.' Het belang van een eenduidige keuze wordt ook benadrukt door Kuiper 2010, p. 250, 275.

38. Zie overweging 3.7 in HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. Y. Buruma. Vgl. ook Hof Amsterdam 30 november 2011, LJN BU9340, waarin de verdachte niet-ontvankelijk wordt verklaard in het hoger beroep omdat in eerste aanleg de zaak is geëindigd in een niet-ontvankelijkverklaring en het gerechtshof geen rechtens te respecteren belang aanwezig acht bij een nieuw of nader onderzoek van de zaak, 'mede gelet op het feit dat een onderzoek naar de legitimiteit van het strafvorderlijk handelen van politie en Openbaar Ministerie geen zelfstandig doel is van het strafproces.' Het betreft hier het hoger beroep in de zogeheten *Acroniem*-zaak, waarin op grote schaal in strijd met artikel 126aa lid 2 Sv bleek te zijn gehandeld. Zie Rb. Amsterdam 20 december 2007, NJ 2008, 532.

daarom kunnen zeggen dat op dit punt het perspectief van het primaat van criminaliteitsbestrijding doorsijpelt. Aan vormverzuimen die het hart van de strafrechtelijke procedure – de eerlijkheid van het proces – raken, kunnen tamelijk verstrekkende consequenties worden verbonden, maar andere laakbare gedragingen van de strafvorderlijke overheid mogen de rechtshandhaving – in de zin van het opsporen, vervolgen, berechten en bestraffen van strafbare feiten – niet al te zeer hinderen.

Al met al zou men kunnen stellen dat de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 359a Sv kan worden begrepen vanuit het perspectief van de subjectieve rechten, met die beperking dat het eerst en vooral gaat om de verdedigingsrechten in de zin van artikel 6 EVRM. De functie van artikel 359a Sv is dan hoofdzakelijk het herstellen of het compenseren van inbreuken op die verdedigingsrechten. In deze benadering is artikel 359a Sv primair een mechanisme om te verzekeren dat de individuele verdachte verzekerd is van een eerlijk proces in zijn zaak. Tegelijkertijd kan de rechtspraak met betrekking tot artikel 359a Sv zo worden geduid dat de strafrechter het niet zonder meer als zijn verantwoordelijkheid beschouwt om, via de band van beslissingen in individuele zaken, de integriteit van het overheidsoptreden in strafrechtelijke aangelegenheden in meer algemene zin te bewaken en te bevorderen. Uiteraard levert het verbinden van rechtsgevolgen in individuele zaken daaraan wel een bijdrage – vooral het effect van een niet-ontvankelijkverklaring lijkt niet te moeten worden onderschat – maar van een min of meer *integrale* integriteitsbewaking is geen sprake.

De redenen om juist voor deze benadering te kiezen worden in de rechtspraak niet geëxpliciteerd. Er kunnen verschillende argumenten worden genoemd waarmee die lijn zou kunnen worden onderbouwd.<sup>39</sup> In de kern gaat het daarbij om de argumenten tegen het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen zoals die in paragraaf 2 zijn aangestipt. Daaraan laat zich nog toevoegen dat het de vraag is of de strafrechter de best geoutilleerde instantie is om naleving van de wet en het recht door de (strafvorderlijke) overheid te werkstelligen. Doordat slechts een betrekkelijk gering deel van alle strafbare feiten aan de rechter worden voorgelegd, heeft deze ook maar beperkt zicht en grip op de opsporingspraktijk. Waar de rechter wel controle over heeft en waarvoor hij ook bij uitstek verantwoordelijk is, is of de verdachte een eerlijk proces geniet. Ook kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de doeltreffendheid van de rechtsgevolgen die de rechter aan vormverzuimen kan verbinden. Zo geldt – in de literatuur is daarop al herhaaldelijk gewezen – dat bewijsuitsluiting een tamelijk ongenueanceerde sanctie is, in die zin dat bewijsuitsluiting soms niet tot een ander eindoordeel leidt (namelijk wanneer er na uitsluiting voldoende ander redengevend bewijsmateriaal resteert), terwijl in het geval dat bewijsuitsluiting een veroordeling in de weg staat, een zware wissel wordt getrokken op de belangen van het slachtoffer en de maatschappij.<sup>40</sup>

39. Zie onder andere de beschouwingen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 in M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 152-155, 379-385. De wijze waarop de Hoge Raad – althans in mijn analyse – toepassing geeft aan artikel 359a Sv sluit in hoofdlijnen aan bij de benadering die door de onderzoeksgroep wordt voorgestaan. Op p. 379 wordt die benadering – kennelijk gebruik makend van de bewoordingen van Buruma 2002, p. 207 – bondig samengevat: 'Centraal staat (...) "testing the evidence" en niet "policing the police".'

40. Een nadere uitwerking van de argumenten die pleiten tegen bewijsuitsluiting, treft men aan bij T.M. Schalken & K. Rozemond, 'Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanc-tioneerd?', *NJB* 1997, p. 1368-1370. Vgl. voor kritische kanttekeningen met betrekking tot niet-ontvankelijkheid als vergeldende reactie op verwijtbaar overheidsoptreden onder andere Knigge 2003, p. 194.

## 5 Alternatieven

Hoe kan of moet de huidige stand van de rechtspraak worden gewaardeerd? Verdient het aanbeveling dat de Hoge Raad voortbouwt op de huidige lijn van de rechtspraak of zouden de bakens moeten worden verplaatst? De vraag kan niet zo maar worden beantwoord. Voor ogen moet worden gehouden dat het maken van keuzes bij de toepassing van artikel 359a Sv onvermijdelijk is. Tegen de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden aangevoerd dat artikel 359a Sv in onvoldoende mate functioneert als een mechanisme dat waarborgt dat de strafvorderlijke overheid zich aan de regels houdt. Daar staat tegenover dat een andere, primair vanuit het geschetste constitutionele perspectief ingegeven benadering vragen oproept over de effectiviteit van de strafrechtelijke rechtshandhaving en de daarmee gemoeide belangen van het slachtoffer en de samenleving. Het is onmogelijk – althans ik zie niet in hoe men dat zou moeten realiseren – om artikel 359a Sv telkens op een zodanige wijze toe te passen dat aan alle betrokken belangen tegelijkertijd recht wordt gedaan. De wijze waarop toepassing wordt gegeven aan artikel 359a Sv, berust daardoor onvermijdelijk op een preferentie, dat wil zeggen: op de (beargumenteerde) keuze aan welk belang men het meeste gewicht toekent.<sup>41</sup>

Daarmee is echter niet alles gezegd. Wanneer men er niet aan ontkomt om een keuze te maken, is het zaak om helder voor ogen te hebben welke *keuzemogelijkheden* er beschikbaar te zijn. Die mogelijkheden beperken zich niet noodzakelijkerwijs tot een beperkte dan wel ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv. Wanneer men tot uitgangspunt neemt dat in een rechtsstaat het overheidsoptreden in strafzaken overeenkomstig de daarvoor geldende (wettelijke en verdragsrechtelijke) normen dient te verlopen en dat bij schending van die normen in enigerlei vorm een corrigerende reactie behoort te volgen, behoeft dat niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat die reactie (uitsluitend) in het kader van de strafzaak wordt gegeven. Anders gezegd: de wijze waarop men de huidige lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad waardeert, hangt samen met de beschikbare alternatieve mechanismen om een reactie te laten volgen op vormverzuimen en uiteraard ook met de kwaliteit van die alternatieven.

In de literatuur is reeds ruimschoots aandacht besteed aan de mogelijke alternatieven voor afdoening van vormverzuimen in de strafzaak, zoals het toepassen van tuchtrechtelijke of strafrechtelijke sancties jegens ambtenaren die verantwoordelijk zijn voor het vormverzuim en het toekennen van schadevergoeding.<sup>42</sup> Op de mogelijkheden die deze alternatieven bieden en de beperkingen die daaraan zijn verbonden, ga ik hier dan ook niet uitvoerig in. In plaats daarvan wil ik enkele meer algemene opmerkingen maken.

Allereerst valt op dat in de literatuur, zo daarin al aandacht wordt besteed aan alternatieven voor artikel 359a Sv, nog wel eens negatief wordt geoordeeld over de toereikendheid van de genoemde opties. Van belang is hier vooral het betoog van Embregts in haar dissertatie over onrechtmatig verkregen bewijs.<sup>43</sup> Zij ziet weliswaar in beperkte mate een aanvullende rol

41. Dat het om een keuze gaat, wordt ook tot uitdrukking gebracht door Kuiper 2009, p. 58. Vgl. voorts Kuiper 2010, p. 269-270.

42. Genoemd zou ook nog kunnen worden – al is dat strikt geen alternatief voor de beoordeling van vormverzuimen in de strafprocedure, maar veeleer een toevoeging aan de strafprocedure – het invoeren van een bezwaarschriftprocedure, waarin reeds voorafgaand aan de strafzaak klachten met betrekking tot de bewijsvergaring aan de orde kunnen worden gesteld. Die mogelijkheid wordt veelal kritisch bejegend in de literatuur. Zie, met nadere verwijzingen, Embregts 2003, p. 117-119 en Van Woensel 2004, p. 167-169. Zie voor een scherpzinnig weerwoord op die kritiek A.A. Franken, aantekening 5.2 van de Algemene beschouwingen bij het onderzoek ter terechtzitting, in: Melai/Groenhuijsen e.a. (red.). Onder omstandigheden zou ook het (strafvorderlijk) kort geding een aanvullende rol kunnen spelen.

43. Embregts 2003, p. 115-122. Zie ook Van Woensel 2004, p. 170.

voor tuchtrechtelijke of strafrechtelijke afdoening dan wel het toekennen van schadevergoeding, maar deze mogelijkheden kunnen naar haar mening niet gelden als volwaardig alternatief voor de afdoening van vormverzuimen in de strafzaak. Daarbij geldt echter dat Embregts een benadering van artikel 359a Sv voorstaat die vrij ruimhartig is in vergelijking met de huidige invulling die de Hoge Raad aan die bepaling geeft. Dat komt vooral tot uitdrukking in de centrale rol die Embregts weggelegd ziet voor bewijsuitsluiting. De door haar voorgestane (genuanceerde) toepassing van de bewijsuitsluitingsregel heeft, wanneer ik het juist zie, een groter bereik dan de ruimte die de Hoge Raad laat voor bewijsuitsluiting. Dat is ook goed verklaarbaar omdat de benadering van Embregts berust op een constitutioneel perspectief,<sup>44</sup> waar dat perspectief in de rechtspraak van de Hoge Raad niet overheersend is.

Daarmee komt men tot de kern van de zaak: hoe aantrekkelijk men de alternatieven voor artikel 359a Sv acht, hangt er onvermijdelijk mee samen welke wijze van toepassing van artikel 359a Sv men voor ogen heeft. Het punt dat ik daarmee wil maken, is dan ook dat men de alternatieven niet uitsluitend moet beoordelen vanuit een 'ideaalbeeld', maar evenzeer moet afzetten tegen de huidige koers in de rechtspraak van de Hoge Raad. Gegeven het feit dat de benadering van de Hoge Raad wordt gekenmerkt door een betrekkelijk grote mate van terughoudendheid in het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen, bieden de alternatieven *verhoudingsgewijs* wellicht betere mogelijkheden om een – min of meer – adequate reactie te laten volgen op (bepaalde) vormverzuimen.

Ten tweede is het van belang om een argument te herhalen dat aan het slot van de vorige paragraaf reeds is genoemd: de strafrechter krijgt maar een beperkte hoeveelheid strafzaken voorgelegd en heeft als gevolg daarvan ook een beperkt zicht en grip op de opsporingspraktijk. In al die gevallen waarin het niet tot een strafzaak komt, blijft toepassing van artikel 359a Sv buiten beeld. Ook dat geeft aanleiding om de alternatieven voor artikel 359a Sv niet al te snel terzijde te schuiven.<sup>45</sup>

Met deze twee opmerkingen wil ik vooral betogen dat de mogelijke alternatieven voor artikel 359a Sv serieus aandacht behoeven.<sup>46</sup> Daarmee is uiteraard niet gezegd dat aan die alternatieven geen nadelen of knelpunten zijn verbonden. Ook de alternatieven dienen kritisch te worden doordacht. De grootste uitdaging daarbij lijkt te zijn op welke wijze een min of meer integrale kwaliteitscontrole tot stand kan worden gebracht waar het gaat om het verloop van het vooronderzoek. Of het nu gaat om artikel 359a Sv of om één van de genoemde alternatieve mogelijkheden, geen van deze mechanismen lijkt het in zich te dragen om die kwaliteitscontrole zelfstandig en op een evenwichtige wijze te realiseren. Verruiming dan wel inperking van de wijze van toepassing van artikel 359a Sv doet, zoals gezegd, recht aan bepaalde belangen en weer afbreuk aan andere. Een tuchtrechtelijke of strafrechtelijke reactie jegens de betrokken ambtenaren zal niet bij elk vormverzuim haalbaar of proportioneel zijn. Het verkrijgen van schadevergoeding – zo dat al het geschonden belang kan herstellen of compenseren – vergt actie van de gelaedeerde, waaraan ook financiële drempels en risico's zijn verbonden.

44. Embregts 2003, p. 320-331.

45. Hier speelt ook artikel 13 EVRM een rol. Ter zake van schendingen van de in dit verdrag toegekende rechten moet immers op nationaal niveau een rechtsmiddel openstaan. Zie meer in het algemeen over de verbinding tussen vormverzuimen en artikel 13 EVRM onder andere C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, 'Het dubbelzinnige karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid?*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 205 en A.A. Franken, *Voor de vorm* (oratie Utrecht), Den Haag: Bju 2004, p. 16-21.

46. Vgl. ook reeds Th.W. van Veen, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *RM Themis* 1988, p. 465-466.

In het eindrapport van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*, waarin wordt betoogd dat de strafrechter 'geen totaalbewaker van de opsporing is', wordt gesteld: 'Veel evenwichtiger is het een vaste controlerende instantie in het leven te roepen, met een inspectieachtige taak.'<sup>47</sup> Dit voorstel wordt in het rapport weliswaar niet nader uitgewerkt, maar het betreft een interessante suggestie. Zou het mogelijk zijn dat een bepaalde instantie tezamen met of in plaats van de strafrechter de afwikkeling van vormverzuimen op zich neemt? Een andere interessante suggestie is gedaan door Kuiper. Hij doet het voorstel om een 'databank vormverzuimen' aan te leggen. In deze databank zouden alle door (Nederlandse) strafrechter geconstateerde vormverzuimen moeten worden opgenomen. Het doel daarvan is om een nader beeld van de praktijk te verkrijgen, waardoor zicht zou moeten ontstaan op veelvoorkomende of structurele knelpunten. Dat maakt het mogelijk om (permanente) oplossingen voor die knelpunten te exploreren. 'Door op deze wijze', zo schrijft Kuiper, 'in een databank de vormverzuimen te bundelen, en daadwerkelijk gebruik te maken van de aldus vergaarde kennis ter verbetering, verdwijnt ook het "bloedeloze" karakter van de enkele constatering van een vormverzuim.'

Het komt mij voor dat deze suggesties zich laten combineren. In grote lijnen kan men dan denken aan een systeem waarin een controlerende instantie – ambtshalve, op verzoek van een gelaedeerde of eventueel op aangeven van de strafrechter – zich een beeld vormt van vormverzuimen die zich voor hebben gedaan, de onderliggende oorzaken onderzoekt en, waar nodig of wenselijk, een reactie daarop laat volgen. Dit systeem sluit geenszins uit dat ook de strafrechter de bevoegdheid heeft (en behoudt) om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen. In geval van een strafrechtelijke reactie is de betrokkenheid van de controlerende instantie beperkt tot het onderzoeken van eventuele structurele onderliggende oorzaken, met het oog op het voorkomen van hetzelfde vormverzuim in de toekomst. Wanneer een vormverzuim niet aan een strafrechter kan worden voorgelegd of indien de strafrechter geen aanleiding ziet daaraan rechtsgevolgen toe te kennen, kan de controlerende instantie zich ook uitspreken over een mogelijk passende reactie. Het kan dan gaan om maatregelen die strekken tot het afkeuren van het handelen van overheidsdienaren, die vergoeding van schade bewerkstelligen, die gericht zijn op het herstel van de verhouding tussen burger en overheid, of die bevorderen dat interne werkprocedures worden aangepast of verbeterd. Het ligt voor de hand, al zijn er ook andere mogelijkheden denkbaar, om de uitoefening van deze controlerende taak in handen te leggen van de Nationale ombudsman. Bij die instantie is immers reeds de nodige ervaring aanwezig met het beoordelen van (de behoorlijkheid van) overheidshandelen.<sup>48</sup> Met een versterking van de rol van de Nationale ombudsman zou het hier gedane voorstel waarschijnlijk kunnen worden gerealiseerd.<sup>49</sup>

Deze grove schets behoeft uiteraard nadere uitwerking en verfijning, maar het punt dat ik hier wil maken, zal duidelijk zijn. Wanneer men het van belang acht dat het overheidsoptreden in strafzaken overeenkomstig de daarvoor geldende (wettelijke en verdragsrechtelijke) normen dient te verlopen en dat bij schending van die normen een corrigerende reactie in enigerlei vorm behoort te volgen, dan is er veel mee gewonnen om niet te blijven steken in de discussie of een meer restrictieve of meer ruimhartige toepassing van artikel

47. Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 380. Zie ook p. 153.

48. Zie daarover Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden*, Den Haag: Boom Lemma 2011.

49. Onder andere de doorwerking van de uitspraken van de Nationale ombudsman behoeft daarbij nadere aandacht. Zie ook de recensie van de dissertatie van Van der Vlugt door A.I.S. van Delden-Brouwer, *DD* 2011, p. 1043-1057.

359a Sv aanbeveling verdient. Het realiseren van een min of meer integrale kwaliteitscontrole vergt dat serieus aandacht wordt besteed aan de alternatieven voor artikel 359a Sv en aan de mogelijkheden om artikel 359a Sv alsmede die alternatieven te integreren in een systeem waarin langs verschillende routes en in diverse modaliteiten kan worden gereageerd op vormverzuimen.

## 6 Een aanvullend gezichtspunt?

Waar artikel 359a Sv thans vooral een functie vervult in het verwezenlijken van een eerlijk proces, zou een effectieve normering van het strafvorderlijke overheidsoptreden – het constitutionele perspectief – langs andere lijnen kunnen en moeten worden verwezenlijkt. Het is evenwel de vraag wat dit betekent voor het hier en nu: kan de huidige lijn in de rechtspraak probleemloos worden voortgezet, ongeacht of een systeem van integrale kwaliteitscontrole al dan niet wordt ontwikkeld? Die vraag kan naar mijn mening niet zonder meer positief worden beantwoord. Ik zou het veeleer willen omkeren: een restrictieve toepassing van artikel 359a Sv is eerst en vooral verdedigbaar indien de bewaking van de integriteit van de opsporing anderszins is gewaarborgd. Het is dus zaak dat de strafrechter een prikkel afgeeft aan de overheid om de benodigde kwaliteitscontrole ook op een behoorlijke wijze te organiseren.<sup>50</sup> Het komt mij voor dat de mogelijkheid daartoe betrekkelijk eenvoudig kan worden ingepast in het huidige artikel 359a Sv.

Het tweede lid van artikel 359a Sv noemt als relevante factoren bij de toepassing van dat voorschrift: het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.<sup>51</sup> De eerste en derde factor – het relativiteitsvereiste en het vereiste van rechtens relevant nadeel – spelen, zoals is gebleken, een belangrijke rol in de restrictieve toepassing van artikel 359a Sv. De tweede factor komt soms naar voren als factor die rechtvaardigt dat er wordt volstaan met strafvermindering of de enkele constatering van het vormverzuim. Het gaat dan om situaties waarin gebleken is dat het vormverzuim te goeder trouw is begaan.<sup>52</sup> De ernst van het verzuim kan men echter ook beschouwen als factor die juist een zwaardere reactie rechtvaardigt, bijvoorbeeld wanneer de betrokken ambtenaren moedwillig het vormverzuim hebben begaan.<sup>53</sup> Ik acht het verdedigbaar dat men hierbij nog een stap verder gaat en bij de beoordeling van de ernst van het verzuim ook acht slaat op de eventuele (re)actie van de strafvorderlijke overheid op het vormverzuim. Wanneer op een vormverzuim reeds voorafgaand aan de strafzaak op enigerlei wijze een (re)actie is gevolgd – in de vorm van een nader onderzoek, excuses, een schadevergoeding, een correctie jegens de betrokken ambtenaren, een aanpassing van het opsporingsbeleid of van werkprocedures, *et cetera* –<sup>54</sup> dan wel juist een dergelijke (re)actie is uitgebleven, zou dat naar mijn mening gewicht in de schaal mogen leggen wanneer er

50. Het belang daarvan wordt ook onderschreven door Ter Haar & Meijer 2011, p. 173, zij het dat zij daaraan geen concrete suggestie verbinden.

51. De Hoge Raad toetst streng of de feitenrechter deze factoren in acht neemt. Zie bijvoorbeeld HR 22 december 2009, NJ 2010, 29.

52. Zie hierover onder andere Ter Haar & Meijer 2011, p. 28-32.

53. In zoverre klinkt deze factor ook door in het Zwolsmancriterium.

54. Een voorbeeld van een aanvankelijk moeizaam en traag op gang gekomen, maar uiteindelijk tamelijk doeltreffende reactie betreft hetgeen is ondernomen naar aanleiding van het (onrechtmatig) tappen van geheimhouders. Daarbij geldt wel dat de zeer actieve en volhardende opstelling van de strafrechtsadvocaat een belangrijke rol heeft gespeeld. Zie nader onderdeel 2 van de noot onder HR 16 juni 2009, NJ 2009, 603.

wordt bepaald of een rechtsgevolg aan het vormverzuim wordt verbonden, en zo ja, welk rechtsgevolg dat dan moet zijn.<sup>55</sup> Toegegeven, in deze benadering wordt aan de factor 'ernst van het verzuim' een ruimere invulling gegeven dan bij de totstandkoming van artikel 359a Sv mogelijk is beoogd. Deze ruimere invulling biedt echter wel de mogelijkheid om de hiervoor genoemde prikkel uit te delen. Wellicht zou men mogen zeggen dat het hanteren van het gezichtspunt van de (re)actie van de overheid ook voorziet in een zekere behoefte. Illustratief is het in de inleiding besproken oordeel van het gerechtshof Leeuwarden over het weekendarrangement. Bij de poging om artikel 359a Sv te omzeilen heeft onmiskenbaar een rol gespeeld dat het openbaar ministerie met het weekendarrangement moedwillig de grenzen van de wettelijke regeling van de inverzekeringstelling heeft opgezocht en waarschijnlijk ook dat eerdere afkeurende rechterlijke oordelen er niet toe hebben geleid dat het openbaar ministerie op zijn schreden is teruggekeerd.<sup>56</sup>

Het betrekken van het uitblijven van een (re)actie van de overheid als aanvullend gezichtspunt bij de beoordeling van de ernst van het verzuim zou naar mijn mening vooral aanleiding kunnen geven tot het toepassen van strafvermindering,<sup>57</sup> ook al ontbreekt strikt genomen rechtens relevant nadeel bij de verdachte tengevolge van het vormverzuim. Men kan dan denken aan de situatie waarin een onrechtmatige doorzoeking 'slechts' heeft geleid tot de ontdekking van het strafbare feit (en geen concrete inbreuk op de privacy heeft plaatsgevonden) of waarin een proces-verbaal in strijd met de waarheid is opgemaakt, welke valsheid eerst tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan het licht komt.<sup>58</sup> Door het toepassen van strafvermindering markeert de rechter dan het vormverzuim en daarmee de wenselijkheid en de noodzaak om maatregelen te treffen teneinde dergelijke verzuimen in de toekomst te voorkomen.<sup>59</sup> Het volstaan met de enkele constatering van het vormverzuim

55. Het repeterende karakter van een bepaald vormverzuim kan daarbij een rol spelen. Bij vormverzuimen die structureel voorkomen, mag eerder worden verwacht dat de overheid in actie komt dan bij een incidentele misser. Vgl. ook Kuiper 2010, p. 273.

56. Dat laatste roept welhaast de associatie op met *contempt of court*. Een ander(soortig) voorbeeld zou het verzamelen en verwerken van ANPR-gegevens kunnen zijn (kort gezegd: gegevens betreffende automatisch vastgelegde kentekeninformatie). In de opsporingspraktijk is niet een noodzakelijke, en in elk geval zeer wenselijke, aanpassing van de regelgeving afgewacht, maar is men gaan experimenteren, daarbij balancerend op de randen van de Wet bescherming persoonsgegevens. Opmerkelijk is dat het openbaar ministerie in zaken waarin de onrechtmatigheid van het gebruik van die ANPR-gegevens is vastgesteld, in cassatie alleen klaagt over het rechtsgevolg dat daaraan is verbonden. Zie HR 20 september 2011, *NJ* 2011, 441 en voorts de conclusie van advocaat-generaal Machielse van 24 januari 2012, *LJN* BV1800.

57. In HR 18 januari 2011, *NJ* 2011, 141 m.nt. T.M. Schalken is namens de verdachte bepleit dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard in de vervolging omdat de Staat heeft geweigerd de Rijksrecherche onderzoek te laten doen naar een mishandeling op het politiebureau na aanhouding. Dat verweer loopt, niet onbegrijpelijk, stuk op het Zwolsmancriterium.

58. Deze voorbeelden zijn ontleend aan HR 4 januari 2011, *NJ* 2012, 145 m.nt. M.J. Borgers en HR 29 november 2011, *NJ* 2012, 146 m.nt. M.J. Borgers.

59. In vergelijkbare zin Kooijmans 2011, p. 1107-1108. Ook in oudere literatuur treft men de min of meer vergelijkbare suggestie aan om het relativiteitsvereiste en het nadeelvereiste niet te stellen indien dat in een concreet geval uit oogpunt van demonstratie en effectiviteit geboden is. Vgl. Doorenbos 1990, p. 33 en Schalken & Rozemond 1997, p. 1371.



acht ik in dergelijke gevallen te mager.<sup>60</sup> Hoewel niet uitgesloten is dat de overheid reeds in die constatering aanleiding kan vinden om de kwaliteit van de opsporing beter te bewaken, is die prikkel wel erg subtiel. Strafvermindering roept wellicht het onaangename gevoel op dat de verdachte een voordeeltje verkrijgt dat hij niet verdient, maar dat gevoel kan juist het zetje geven om in actie te komen.

Terzijde kan er nog op worden gewezen dat het vanuit oogpunt van rechtsontwikkeling niet verkeerd is wanneer er iets voor de verdachte valt te halen. Het volstaan met de enkele constatering levert vanuit verdedigingsperspectief geen enkele winst op. Het voeren van een rechtmatigheidsverweer zou dan net zo goed achterwege kunnen worden gelaten. Het afbakenen van de grenzen van strafvorderlijke bevoegdheden is evenwel gebaat bij discussie over die grenzen.<sup>61</sup>

## 7 Tot slot

Een strafproces – in de ruime zin van het woord, en dus met inbegrip van het vooronderzoek – moet niet alleen een eerlijk proces zijn, maar ook een integer proces. In deze beschouwing is naar voren gekomen dat artikel 359a Sv, gegeven de wijze waarop aan die bepaling heden ten dage toepassing wordt gegeven, vooral is toegesneden op het waarborgen en realiseren van een eerlijk proces. Voor zover men aan artikel 359a Sv de functie toekent dat de verdedigingsrechten dienen te worden beschermd, kan de strafrechtelijke reactie op vormverzuimen adequaat worden genoemd. Kijkt men echter naar de bescherming van andere rechten dan de verdedigingsrechten en meer in het algemeen naar het afkeuren van laakbaar overheidsoptreden, dan is van een adequate reactie eigenlijk niet of slechts in beperkte mate sprake. In zoverre is artikel 359a Sv geen volwaardige waarborg voor een integer proces. Men kan erover twisten of het waarborgen en realiseren van een integer proces zou kunnen worden bereikt met uitsluitend een andere, meer ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv. In elk geval geldt dat daaraan een prijs is verbonden, in die zin dat met een steviger afdoening van vormverzuimen door de strafrechter andere belangen weer in het gedrang kunnen komen. In deze bijdrage is bepleit dat voor het realiseren van een integrale kwaliteitscontrole de blik niet uitsluitend op artikel 359a Sv moet zijn gericht, ook al kan de strafrechter tot op zekere hoogte wel bevorderen dat die bredere blik wordt gehanteerd, door het uitblijven van een (re)actie van de overheid als aanvullend gezichtspunt bij de beoordeling van de ernst van het verzuim te bezigen. Er is – laat daarover geen misverstand bestaan – alle reden om te komen tot enigerlei systeem van integrale kwaliteitscontrole. Want ook vormverzuimen die (uiteindelijk) geen negatieve invloed hebben op de eerlijkheid van het proces, zijn afkeurenswaardig en behoren niet zonder conse-

60. J.W. Fokkens, 'De exclusionary rule in het Nederlandse strafproces', in: J.W. Fokkens & N. Keijzer (red.), *Beginnelen (G.E. Mulder-bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 62, 69 gaat uit van een groter effect van de enkele constatering. Zie ook J.W. Fokkens, 'Enkele gedachten over de sanctie op onrechtmatige bewijsgeving', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart (Leijten-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 234. Daarentegen wordt ook wel gesteld dat van strafvermindering geen werkelijk preventief effect mag worden verwacht. Zie Kuiper 2009, p. 53-54. Van Dorst beschouwt strafvermindering wel als middel om 'het rechterlijk toezicht op politie en justitie' te versterken. Zie A.J.A. van Dorst, 'Een Via della Conciliazione in het strafproces?', in: C.J.G. Bleichrodt e.a. (red.), *Mens en recht (Meijers-bundel)*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 273. Al waarschuwt Van Dorst ervoor dat het strafgeding niet moet verzan- den in discussie over bijzaken. De integriteit van de opsporing lijkt mij geen bijzaak.

61. Vgl. ook N. Jörg, 'De exclusionary rule als drijfveer achter de normering van bevoegdheden', *DD* 1989, p. 660, 670 en Kuiper 2003, p. 148.

quenties te blijven.<sup>62</sup> Om dat te realiseren zou de toekomst van artikel 359a Sv moeten zijn dat deze bepaling niet op zichzelf blijft staan, maar onderdeel gaat uitmaken van een groter publiekrechtelijk geheel.

---

62. Bepaalde vormverzuimen leveren ambtsmisdrijven op. Zie bijvoorbeeld artikel 370 Sr dat betrekking heeft op onrechtmatig binnentreden en onrechtmatige doorzoeking. Vgl. hierover ook Y. Buruma, 'On-professioneel politieoptreden', *DD* 2008, p. 97.